

# VU Research Portal

**[Review of: J.S. Nan (2011) Het lex certa-beginsel]**

Borgers, M.J.

***published in***

Rechtsgeleerd magazijn Themis

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J. (2013). [Review of: J.S. Nan (2011) Het lex certa-beginsel]. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 226-232.

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# J.S. Nan, Het lex certa-beginsel

*Diss. Tilburg, promotoren  
prof. mr. Th.A. de Roos en  
prof. mr. T. Kooijmans, Den  
Haag: Sdu 2011, 287 p., ISBN  
978-90-12-38547-3.*

1. Het voorwoord van de dissertatie van Joost Nan wordt afgesloten met een tweetal intrigerende zinnen: 'Het is nu weer "immer matsen en nimmer oetsen". Daarvoor wil ik eze-len!'<sup>1</sup> Uit de context blijkt duidelijk dat deze zinnen tot familieleden en vrienden zijn gericht. Zij zullen ongetwijfeld weten wat – in deze combinatie – matsen, oetsen en ezelen behelst. Anderen kunnen daar slechts naar gissen. Het voorwoord sluit hierdoor – al zal dat door Nan wellicht niet zijn beoogd – eigenlijk prachtig aan bij het thema van zijn dissertatie. Want zou de wetgever zich bedienen van termen als oetsen en ezelen, dan verzaakt hij helderheid te verschaffen over de betekenis van de wettelijke norm en handelt hij, wanneer schending van die norm tot strafrechtelijke aansprakelijkheid zou leiden, zonder enige twijfel in strijd met het *lex certa*-beginsel. Tenzij die norm zich uitsluitend zou richten tot de familie en vrienden van Nan, dan komt de rechtszekerheid, die het *lex certa*-beginsel beoogt te beschermen, weer niet in het geding.

2. Genoeg over het voorwoord, want uiteraard staat hier de inhoud centraal van het proefschrift waarop Nan op 28 september 2011 promoveerde. Het boek begint met een korte, deels historische uiteenzetting van de positie van het *lex certa*-beginsel, als 'subbeginsel' van het legaliteitsbeginsel. Dat subbeginsel, ook wel aangeduid als bepaaldheidsgebot of *Bestimmtheitsgebot*, houdt in dat regels duidelijk moeten zijn: 'Het vereiste van duidelijkheid is de meerwaarde van het *lex certa*-beginsel, als onderdeel van het legaliteitsbeginsel.'<sup>2</sup> Nan stelt vast dat het *lex certa*-beginsel heden ten dage van zeer beperkte waarde is. Tegen die achtergrond formuleert hij een driedelige onderzoeksvraag: 'Wat is de betekenis van het *lex certa*-beginsel

voor het Nederlandse strafrecht, wat zou die betekenis moeten zijn en welke eisen vloeien uit het beginsel voort voor de wetgever bij het formuleren van strafwetgeving?'.<sup>3</sup>

Nan kiest dus voor zowel een descriptieve – of misschien beter gezegd: empirische – als een meer normatieve benadering van de betekenis van het *lex certa*-beginsel. Die benaderingen worden niet duidelijk van elkaar onderscheiden in de opbouw van het onderzoek, maar lopen steeds door elkaar. Nan wisselt nogal eens van perspectief, door in beschrijvingen van het geldende recht ook meer normatief geladen kritiek te verweven. In het inleiden de hoofdstuk blijft daarbij onduidelijk op grond van welke theorie of maatstaf wordt bepaald wat de betekenis van het *lex certa*-beginsel zou moeten zijn. Ook blijft in het midden om welke eisen het de auteur gaat: de eisen die voortvloeien uit het geldende recht of die voortvloeien uit de betekenis die het *lex certa*-beginsel zou moeten hebben? Nan benadert in zijn studie het *lex certa*-beginsel vanuit diverse invalshoeken – historisch, positiefrechtelijk, rechtsvergelijkend – maar een helder methodologisch raamwerk ontbreekt. Duidelijk wordt wel dat Nan met zijn studie wil betogen dat het anders kan en moet.<sup>4</sup> Een dergelijk betoog is echter pas interessant indien eerst wordt aangetoond dat het ideaalbeeld dat (mijns inziens) in het *lex certa*-beginsel besloten ligt – de wetgever hanteert heldere bewoordingen, die burgers houvast geven en toepassing van het recht door de rechter betrekkelijk onprobleematisch maken – in de praktijk lang niet altijd wordt gerealiseerd en vervolgens wordt vastgesteld wat daar de redenen voor zijn. Daarbij speelt vervolgens de vraag of de door het *lex certa*-beginsel beoogde rechtszekerheid zich eigenlijk wel ten volle laat realiseren. Deze, wat men zou

kunnen noemen, preliminaire vragen hebben echter geen zelfstandige positie binnen de door Nan gehanteerde onderzoeksvraag en de daaraan gerelateerde deelvragen. Gelukkig zegt Nan *en passant* wel het één en ander over die preliminaire vragen in zijn boek.

In het boek wordt veelvuldig gesproken over 'vage normen'. Nan hanteert die aanduiding als overkoepelend begrip voor 'onduidelijke regels van materieel-strafrechtelijke aard'.<sup>5</sup> Het gebruik van een dergelijk overkoepelend begrip draagt bij aan de leesbaarheid, maar het draagt ook het risico van generalisatie in zich. Regels kunnen immers om uiteenlopende redenen onduidelijk of vaag van aard zijn.

3. In het tweede hoofdstuk gaat Nan kort in op het karakter van rechtsbeginselen, waarbij hij duidelijk maakt dat schending van het *lex certa*-beginsel niet per definitie een schending van het recht oplevert. Omdat tegenover elk beginsel weer andere beginselen en belangen staan, kan schending van het *lex certa*-beginsel soms worden gerechtvaardigd, bijvoorbeeld vanwege legislatieve overmacht.<sup>6</sup> Vervolgens wijdt Nan een betrekkelijk lange beschouwing – 35 pagina's – aan rechtsvinding in het strafrecht, 'omdat dit nauw met het beginsel [het *lex certa*-beginsel; MJB] samenhangt'.<sup>7</sup> Nan heeft daarbij vooral aandacht voor de gebondenheid van de rechter aan de wet en – in het verlengde daarvan – de wetsgeschiedenis. Hij neemt daarbij als uitgangspunt dat interpretatie van de wet onvermijdelijk is. Wel constateert hij dat zich een ontwikkeling in het denken van rechtsvinding heeft voltrokken, die ook tot uitdrukking komt in de rechtspraak, waarin 'minder sterk wordt vasthouden aan de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis en meer gekeken mag worden naar een uitleg

van de wet die past in het huidige tijdsgewricht'.<sup>8</sup> De betekenis van de wet wordt hierdoor geactualiseerd, zonder dat dit een onacceptabele inbreuk op de rechtszekerheid behoeft in te houden. Nan ziet echter wel het risico van 'een majeure uitbreiding van strafbaarheid door middel van extensieve interpretatie',<sup>9</sup> waarbij hij vooral de overwegingen van de Hoge Raad in het bekende *Mensenroof*-arrest problematiseert.<sup>10</sup>

Nan geeft op zich een helder overzicht van de verschillende opvattingen omtrent strafrechtelijke rechtsvinding. Maar er laten zich ook enkele kanttekeningen plaatsen. Allereerst maakt Nan niet duidelijk waarom hij zijn onderzoek naar de betekenis van het *lex certa*-beginsel aanvangt met een beschouwing over rechtsvinding. Natuurlijk, aan de hand van die beschouwing kan één en ander worden gezegd over de betekenis die de rechter toekent aan de wijze waarop een norm is geformuleerd en ook over de consequenties die de rechter verbindt aan eventuele onduidelijkheden. Maar om daaruit conclusies te trekken ten aanzien van het *lex certa*-beginsel zou eerst de inhoud van het beginsel nader moeten worden omlijnd. Dat gebeurt evenwel pas in de hoofdstukken 3 en 4. Een omgekeerde benadering had mijns inziens meer voor de hand gelegen: eerst meer zicht verkrijgen op de inhoud van het *lex certa*-beginsel om *van daaruit* het rechtsvindingsdebat te beschouwen. De inhoud van het tweede hoofdstuk had daarbij onderdeel kunnen uitmaken van het zesde hoofdstuk, over rechtspraak.

Ik heb ook aarzelingen bij de wijze waarop Nan de discussie over rechtsvinding in het strafrecht bespreekt. Nan geeft vooral een overzicht van verschillende opvattingen omtrent rechtsvinding. Het zou echter in het licht van de onderzoeksvraag veel interessanter zijn geweest indien Nan zich had geconcentreerd op de achtergronden van die discussie. Veel boeiender dan het gegeven *dat* er – tot op zekere hoogte – verschillend wordt gedacht over de wijze waarop rechtsvinding zou moeten plaatsvinden, is *waarom* er verschillende opvattingen bestaan en ook waarom opvattingen in de loop van de tijd zijn gaan verschuiven. Zo zegt de overgang van een

(meer) legistische opvatting omtrent rechtsvinding naar (meer) hermeneutische inzichten niet alleen iets over de positie en de taak van de rechter, maar juist ook het een en ander over de macht en – vooral – de onmacht van de wetgever.<sup>11</sup> Dat lijkt mij alleszins relevant voor de duiding van het *lex certa*-beginsel. Het betoog van Nan suggereert dat men kan *kiezen* voor een grotere dan wel beperktere rol van de rechter – en daarmee een beperktere of grotere rol van de wetgever. Tot op zekere hoogte klopt dat wel, maar aan elke keuze liggen veronderstellingen ten grondslag omtrent tal van zaken – taal, rechtsbescherming, positieve verplichtingen, de positie van de rechter binnen een democratische rechtsstaat, *et cetera*. Nan laat zich verleiden om al snel positie te kiezen; zo pleit hij ervoor dat maatschappelijke en technische ontwikkelingen eerst en vooral door de wetgever worden verwerkt en dat de rechter niet op grond van de wens om het slachtoffer bescherming te bieden moet overgaan tot het vullen van leemtes in de tekst van de wet.<sup>12</sup> Daardoor geeft Nan eigenlijk al behoorlijk vroeg zijn kaarten prijs, in plaats van dat hij een raamwerk smeedt van waaruit de betekenis en de positie van het *lex certa*-beginsel en ook van het rechtsvindingsdebat binnen het hedendaagse strafrecht beter kan worden begrepen, om van daaruit kritiek te uiten en aanbevelingen te doen.

Hier komt bij dat Nan in dit hoofdstuk bepaalde cruciale begrippen niet van een nadere inhoud voorziet. Zo wijst hij meermalen op het belang dat de uitkomst waartoe de rechter komt, voorzienbaar moet zijn. Hij vreest voor onzekerheid wanneer de rechter zijn beslissingen primair baseert op belangenafwegingen. Maar wat betekent eigenlijk 'voorzienbaarheid'? Of beter gezegd: wat moet voor de burger eigenlijk zijn te voorzien? Gaat het om voorzienbaarheid op basis van de tekst van de wet? En zo ja, geldt dat dan ook in het geval de wetsgeschiedenis uit lang vervlogen tijden stamt? Moet de burger (soms) ook voorzien dat de rechter acht zal slaan op bepaalde belangen en die betreft bij de uitleg van de wet, zeker wanneer de tekst van de wet daar ruimte voor laat? Moet de burger er wellicht zelfs re-

kening mee houden dat de rechter – onder omstandigheden – ook *contra legem* kan gaan? Daarover laat Nan zich in dit hoofdstuk niet duidelijk uit.<sup>13</sup>

4. Het derde en vierde hoofdstuk handelen over, kort gezegd, de grondslagen van het *lex certa*-beginsel. In het derde hoofdstuk kiest Nan een historisch perspectief. Hij gaat allereerst in op de theorievorming omtrent het legaliteitsbeginsel in de zeventiende, achttiende en negentiende eeuw, aan de hand van de geschriften van Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Beccaria en Bentham. Aldus wordt zicht geboden op de historische fundamenteën van het legaliteitsbeginsel als staatsrechtelijk en strafrechtelijk beginsel. Opvallend is dat, afgaande op de beschrijving van Nan, het *lex certa*-beginsel op zichzelf nog geen duidelijke, zelfstandige plaats had in de besproken werken. Het overzicht dat Nan geeft, gaat vooral over het belang dat strafrechtelijke normen in de wet worden neergelegd. Maar dat overzicht leert eigenlijk betrekkelijk weinig over de graad van gedetailleerdheid die zou moeten worden nagestreefd. Waar Nan opmerkt dat het *lex certa*-beginsel 'diepe filosofische wortels' heeft,<sup>14</sup> houdt dat in dat het *lex certa*-beginsel kan worden gerelateerd aan fundamentele theorievorming over de binding aan de wet. Maar kennelijk niet dat heel specifiek aan het *lex certa*-beginsel (als subbeginsel) min of meer uitgekristalliseerde gedachten ten grondslag liggen omtrent de openheid dan wel geslotenheid van de wet in relatie tot de onderlinge verhouding tussen wetgever, rechter en burger. Iets vergelijkbaars is waarneembaar in de codificatiegeschiedenis van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht van de negentiende eeuw, dat in de eerste helft van hoofdstuk 4 wordt geschetst. Daaruit blijkt uit de beschrijving van Nan dat er vooral aandacht bestond voor het verbod van terugwerkende kracht. Het *lex certa*-beginsel heeft kennelijk ook toen bepaald niet op de voorgrond gestaan. Het belang van codificatie en het belang van rechtszekerheid werden onderschreven, maar dat leidde niet tot specifieke gedachtevorming omtrent het bepaaldheidsgebod. Nan blijft overi-

gens niet lang bij dit toch niet onopmerkelijke gegeven stilstaan. Het derde hoofdstuk bevat voorts een overzicht van de gedachtevorming omtrent het legaliteitsbeginsel in de twintigste eeuw. Nan beschrijft in de kern twee ontwikkelingen. Allereerst dat de opvatting dominant is geworden dat de rechter beter dan de wetgever in staat is om te bepalen wat rechtens is in een specifieke situatie, zodat het niet zonder meer bezwaarlijk is als de wetgever zich bedient van (enigszins) ruime of vage normen. Ten tweede dat het begrip rechtszekerheid in een bredere context wordt geplaatst, doordat niet alleen acht wordt geslagen op de rechtszekerheid van de verdachte maar ook op de zekerheid van de burger dat de overheid kan en zal optreden wanneer hij in zijn rechten wordt aangetast. In dit verband wordt veelal gesproken van positieve verplichtingen en ook wel van een 'rechtenconceptie' van legaliteit. Dit deel van het derde hoofdstuk is overwegend beschrijvend en analytisch van aard. Op onderdelen mengt Nan zich echter in de discussie. Zo toont hij zich kritisch over opvattingen die het belang van casuïstiek in de oordeelsvorming van de strafrechter onderstrepen en hekelt hij *en passant* verschillende beslissingen van de Hoge Raad, omdat daaruit zou blijken dat de rechter 'de grenzen van zijn bevoegdheden' zou overschrijden.<sup>15</sup> Deze wisseling van perspectieven – beschrijving, analyse, kritiek – pakt niet telkens even goed uit. Een goede analyse van juridische debatten vergt enige distantie, die Nan hier juist niet toont door op onderdelen als participant aan het debat op te treden. Tegelijkertijd zijn de kritische interventies vaak zo kort dat de eigen argumentatie van Nan niet goed uit de verf komt. Hij neemt veelal duidelijk stelling – bijvoorbeeld: 'Naar mijn mening wordt in de rechtentvisie te veel inleveringsvermogen van burgers verwacht'<sup>16</sup> – maar de uitwerking – welk inleveringsvermogen mag men eigenlijk verwachten (en wanneer is dan er sprake van 'te veel')? – is tamelijk summier.

Hoofdstuk 3 wordt afgesloten met een paragraaf die de ambitieuze titel draagt 'het legaliteitsbeginsel in de eenentwintigste eeuw in internationaal perspectief'. Daarin bespreekt

Nan eerst in twee alinea's de positie van het legaliteitsbeginsel in het internationale (supranationale) strafrecht. Vervolgens gaat Nan vrij uitvoerig in op de rechtspraak van het EHRM over de zogeheten *Mauerschützenprozesse*, de strafzaken tegen voormalig DDR-grenswachten wegens het neerschieten van personen die de DDR probeerden te ontvluchten. Bij de bespreking van deze zaken concentreert Nan zich op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid voor deze grenswachten voorzienbaar was. Of hiermee alles is gezegd over het legaliteitsbeginsel in de eenentwintigste eeuw in internationaal perspectief, mag worden betwijfeld. Nan lijkt vooral duidelijk te willen maken dat de hiervoor aangeduide 'rechtenconceptie' van legaliteit ook herkenbaar is op Straatsburg-niveau. Heel opmerkelijk is dat niet. Dat in relatie tot de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid ook acht wordt geslagen op fundamentele rechten van burgers en slachtoffers, hangt immers nauw samen met de zogeheten positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, en de rechtspraak van het EHRM daarom trent.

5. In het vierde hoofdstuk wordt, na een schets van de hiervoor al aangestipte codificatiegeschiedenis van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht van de negentiende eeuw en een bespreking van artikel 16 Grondwet, uitvoerig stilgestaan bij artikel 7 EVRM en de rechtspraak van het EHRM daarover. Die rechtspraak is van groot belang, omdat hierin nog het meest helder naar voren komt welke eisen worden gesteld ter zake van de kenbaarheid en de voorzienbaarheid van strafrechtelijke normen. Besproken wordt onder andere dat het EHRM ten aanzien van elke burger uitgaat van een zekere onderzoeksplicht ter zake van de plichten die uit regelgeving voortvloeien. Die onderzoeksplicht weegt zwaarder indien de burger een bijzondere positie inneemt, bijvoorbeeld omdat het gaat om een professionele marktdeelnemer. Nan betreft in de bespreking van de Straatsburgse rechtspraak ook de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder het *krulsla*-arrest.<sup>17</sup> Grote verschillen tussen de recht-

spraak van de beide colleges lijken er niet te bestaan, zij het dat Straatsburg wel indringender en uitvoeriger toetst op grond of de verdachte kon voorzien dat hij strafrechtelijk aansprakelijk was.

Nan gaat vervolgens, overwegend aan de hand van artikel 7 EVRM, in op de reikwijdte van het lex certa-beginsel, terwijl hij ook de verhouding tussen artikel 7 EVRM en artikel 1 lid 1 Sr nader analyseert. Hij besteedt daarbij onder andere aandacht aan de betekenis van rechtspraak voor de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De Straatsburgse rechtspraak laat toe dat strafrechtelijke normen worden verduidelijkt in de rechtspraak en acht daarbij vooral 'consistent case law' van belang. Dit kan worden verklaard doordat onder 'law' in artikel 7 EVRM niet uitsluitend wettenrecht wordt verstaan. Dat ligt anders ten aanzien van artikel 1 lid 1 Sr, dat ziet op wetgeving in formele en materiële zin. In deze context is dan vooral problematisch, zo geeft Nan aan, 'de periode tussen de inwerkingtreding van de strafbepaling en het bestaan van jurisprudentie om de vereiste duidelijkheid te verschaffen (...) waarop het gedrag kan worden afgestemd'.<sup>18</sup> Volgens Nan kan niet worden gezegd dat in die periode 'altijd redelijkerwijs voorzienbaar' kan zijn geweest welke gedragingen wel en niet onder de norm vielen. Nan staat dan 'een redelijke oplossing' voor totdat de Hoge Raad zich over de desbetreffende strafbepaling heeft kunnen uitlaten. Dit laatste zou kunnen geschieden in een proefproces, waarin de rechter zich over de betekenis van de norm uitspreekt en de verdachte wordt ontslagen van alle rechtsvervolgning (door de wettelijke norm buiten toepassing te laten wegens strijd met artikel 7 EVRM dan wel vanwege rechtsdwaling). Een dergelijke oplossing is, zo betoogt Nan, te verenigen met artikel 7 EVRM, maar het ligt ingewikkelder in relatie tot artikel 1 lid 1 Sr. Weliswaar mag door middel van rechtspraak 'een verdere invulling' aan strafbepalingen worden gegeven, 'maar dat wil nog niet zeggen dat een *te* vage delictsomschrijving die volstrekt onvoldoende houvast voor strafbaarheid geeft, door jurisprudentie voldoende kan worden verduidelijkt'.<sup>19</sup> In dat

geval berust de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet meer op de wet. Het is lastig om het met dit betoog oneens te zijn, maar dat heeft er ook wel mee van doen dat Nan de zaak niet werkelijk op scherp stelt. Wie is er nu tegen 'een redelijke oplossing' en voor 'een te vage delictomschrijving'? Niet duidelijk wordt wanneer Nan het nog niet bestaan van jurisprudentie daadwerkelijk problematisch acht. Het komt mij voor dat veel afhangt van de mate waarin duidelijkheid kan worden verschaft aan de hand van de wetsgeschiedenis, het doel en de strekking van de wet, het systeem van de wet *et cetera*. In die lijn oordeelt ook het EHRM: 'Even when a point is ruled upon for the first time in an applicant's case, a violation of Article 7 of the Convention will not arise if the meaning given is both foreseeable and consistent with the essence of the offence'.<sup>20</sup> In relatie tot artikel 1 lid 1 Sr liggen de zaken niet wezenlijk anders. Want het feit dat de rechter aan de wet is gebonden, neemt niet weg dat de rechter aan de tekst van de wet betekenis moet verlenen. Het gaat er dan om of er voldoende – kenbare – aanknopingspunten beschikbaar zijn om die betekenis te kunnen verlenen. In relatie tot zowel artikel 7 EVRM als artikel 1 lid 1 Sr lijkt het in de kern te gaan om de voorzienbaarheid van de rechterlijke interpretatie, ook indien de rechter zich voor de eerste maal over de betekenis van een wettelijke norm uitlaat.

6. Waar hoofdstuk 2, 3 en 4 vooral van belang zijn voor een beter begrip van de fundamenteën, de historische ontwikkeling en de verankering in het strafrecht van het *lex certa*-beginsel, gaat Nan in hoofdstuk 5 en 6 dieper in op de betekenis van het *lex certa*-beginsel voor de activiteiten van de wetgever respectievelijk de rechter. Het gaat hem er daarbij primair om te bepalen in hoeverre die activiteiten blijken geven van het respecteren van het *lex certa*-beginsel. In hoofdstuk 5 bespreekt Nan allereerst de verschillende manieren waarop strafbaarstellingen kunnen en plegen te worden vormgegeven, om daarna in te gaan op verschillende redenen die (kunnen) leiden tot onduidelijkheden in het bereik van een strafbaarstelling. Daarbij be-

steedt hij onder andere aandacht aan gelede normstellingen en zorgplichtbepalingen. Deze beschouwing leidt onvermijdelijk tot zekere abstracties. Zo wijst Nan erop dat het van belang is dat een norm voldoende gedetailleerd is, maar ook dat al te gedetailleerde regelingen juist ook weer tot onoverzichtelijkheid kunnen leiden. Daarom is het zaak, zo brengt hij naar voren, dat 'een juiste balans' wordt gevonden tussen abstractie en detail. Dat zal niemand met hem oneens zijn, maar het is niet eenvoudig om die aanbeveling te operationaliseren. Nan is zich hiervan bewust, getuige het feit dat hij ervoor kiest om vervolgens twee Nederlandse strafbaarstellingen – artikel 285b Sr (belaging) en artikel 5 WvW 1994 – in detail te beschouwen en te vergelijken met de Duitse en Engelse evenknieën. Dat stelt hem in staat om zowel het bezwaar van een onvoldoende mate van bepaaldheid als de mogelijkheden om daar een mouw aan te passen, meer concreet te maken. Deze rechtsvergelijkende exercitie is daarmee een belangrijk, verrijkend onderdeel van zijn studie. De keuze voor artikel 285b Sr en artikel 5 WvW 1994 is – vanzelfsprekend – gelegen in het feit dat beide strafbaarstellingen zodanig ruim en vaag zijn geformuleerd dat men op grond van de tekst van de wet geen duidelijk beeld krijgt van het bereik van de delictomschrijving. Nan laat zien dat in Duitsland beide strafbaarstellingen veel gedetailleerder zijn vormgegeven, zij het dat de strafbaarstelling van belaging (*Nachstellung*) wel is voorzien van een open einde, doordat na een concrete opsomming van niet-toelaatbare gedragingen ook wordt gesproken van 'eine andere vergleichbare Handlung'. Nan is weliswaar kritisch over deze vangnetconstructie, maar acht deze Duitse strafbaarstelling vanwege de hogere graad van gedetailleerd toch beter geslaagd dan de Nederlandse strafbaarstelling. Het Engelse recht laat ten dele een ander beeld zien. De strafbaarstelling van *harassment* is niet minder problematisch dan die van belaging, maar de strafbaarstelling van – kort gezegd – gevaarlijk verkeersgedrag kent wel, in vergelijking met artikel 5 WvW 1994, een tamelijke gedetailleerde regeling die daardoor meer houvast biedt.

7. Het zesde hoofdstuk is, zoals reeds aangegeven, gericht op de positie van de rechter. Dit hoofdstuk vangt aan met een bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad over het bepaaldheidsgebod. Nan komt daarbij tot de slotsom dat 'de Hoge Raad van geval tot geval eerst bekijkt of de norm duidelijk genoeg is voor de betrokkene om zijn gedrag op af te stemmen, of dat het om een norm gaat die enigszins vaag is, doch uiteindelijk voldoende concreet duidelijk maakt wat in het specifiek geval wel en wat niet mag'.<sup>21</sup> Dit is, naar het mij voorkomt, een tamelijk vriendelijke duiding van die rechtspraak. Ik zou er veeleer het accent op willen leggen dat de Hoge Raad weliswaar in algemene zin het belang van het bepaaldheidsgebod onderschrijft, maar niet daadwerkelijk toetst of een ter discussie gestelde norm concreter of specifiekker had kunnen worden geformuleerd, terwijl veelal vaak uiterst summier wordt toegelicht waarom een norm – in het algemeen dan wel gelet op de concrete feiten en omstandigheden van het geval – in voldoende mate gedragssturende betekenis heeft.<sup>22</sup>

Vervolgens gaat Nan, in aansluiting op de rechtsvergelijkende exercitie in het vijfde hoofdstuk, nader in op de rechtspraak omtrent belaging en artikel 5 WvW 1994 alsmede de Duitse en Engelse equivalenten daarvan. In de bespreking daarvan komt naar voren dat de Hoge Raad er (vooralsnog) niet in is geslaagd om het toepassingsbereik van die strafbaarstellingen duidelijk af te bakenen. De Duitse rechtspraak laat een vergelijkbaar beeld zien. Zo is de vangnetconstructie in de strafbaarstelling van *Nachstellung* niet nader bepaald door het *Bundesgerichtshof*. De Engelse rechtspraak laat een wisselend beeld zien met op onderdelen, maar niet over de gehele linie, een restrictieve interpretatie van de genoemde strafbaarstellingen. Nan bespreekt in dit hoofdstuk ook in meer algemene zin de vraag welke bezwaren gelden tegen het door de rechter (nader) laten afbakenen van het bereik van strafbaarstellingen. Een deel van die bezwaren houdt verband met problemen waar ook de wetgever tegenaan loopt. Zo wijst Nan erop dat de rechter geen 'alleskunner' is, getuige de rechtspraak

waarin de Hoge Raad zelf expliciet aangeeft dat voor bepaalde kwesties geen algemene regel valt te geven. De wetgever kan derhalve, zo stelt Nan, het (nader) regelgeven niet altijd aan de rechter overlaten.<sup>23</sup> De vraag rijst of de wetgever dan wel een 'alleskunner' is. Ik waag dat te betwijfelen. De wetgever staat veelal voor het probleem dat (ongewenste) gedragingen zich in een variëteit aan verschijningsvormen kunnen voordoen. Andere problemen waar zowel rechter als wetgever tegenaan lopen – en hier onderkent Nan wel dat beide daarmee van doen hebben – is dat toekomstige ontwikkelingen zich lastig laten voorspellen en dat het gebruik van taal inherent beperkingen kent. De door Nan genoemde bezwaren die wel specifiek voor de rechter gelden, houden ermee verband dat in de rechtspraak ontwikkelde normen – vooral omdat bepaalde lijnen eerst in een reeks van uitspraken uitkristalliseren – minder goed kenbaar zijn dan wettelijke normen, dat het bereik van bepaalde strafbaarstellingen langzaam maar zeker kan worden opgerekt door analogisch redeneren en dat het niet voorzienbaar is wanneer de rechter 'om' gaat en daardoor de inhoud van normen wijzigt. Nan houdt het bij dit overzicht en laat de kans liggen om meer diepte aan te brengen in deze analyse. Want de door hem genoemde bezwaren hoeven zich in de praktijk niet altijd voor te doen. De rechter hoeft niet te kiezen voor analogisch redeneren – nog even los van wat dat precies inhoudt en in hoeverre dat als onwenselijk of ontoelaatbaar wordt beschouwd –, de rechter kan ervoor kiezen om een overgangsvoorziening te treffen wanneer hij 'om' gaat.<sup>24</sup> Ook zet Nan de door hem genoemde bezwaren niet af tegen bezwaren en beperkingen die samenhangen met regelgeving door de wetgever. In een meer overkoepelende benadering lijkt het mij nog niet zo eenvoudig om aan te geven wie nu uiteindelijk de 'beste' regelgever is: de wetgever of de rechter. Mijns inziens is uiteindelijk de interactie tussen wetgever en rechter cruciaal; anders gezegd: het gaat niet om wetgever *of* rechter, maar om wetgever *en* rechter.<sup>25</sup> Aandacht verdient ook de wijze waarop de rechter zou moeten toet-

sen of een strafbaarstelling voldoende duidelijk is. Nan pleit hierbij voor 'een abstract-concrete toets'. Uitgangspunt hierbij is dat een strafbepaling 'duidelijk genoeg [is] indien de rechtsburger tot wie de delictomschrijving zich richt, zich, met name na lezing van de wettekst, een heldere voorstelling kan maken of een norm zich tot een bepaalde (door hem te ondernemen of na te laten) gedraging uitstrekt'. Nan merkt daarbij op dat die duidelijkheid niet voor elke denkbare handeling kan worden gegeven, maar 'twijfel moet een zeldzaamheid zijn'. Aansluiting zoekend bij de rechtspraak van het EHRM hanteert Nan als maatstaf dat strafbaarstellingen duidelijk genoeg moeten zijn 'in de overgrote meerderheid van de gevallen'. Daarbij geldt nog dat hoe algemener de norm wordt, des te duidelijker de strafbepaling dient te zijn. 'Dit kan het beste worden bereikt door te kiezen voor een eenvoudige formulering, zonder het opnemen van bestanddelen die niet goed afgegrensd zijn of waarvan de doorsnee burger de betekenis niet kent'. De rechterlijke toetsing behelst daarbij in feite een tweetrapsraket. Allereerst moet worden vastgesteld – en dat is de abstracte toets – of de ter discussie gestelde norm voldoet aan de zojuist weergegeven vereisten. Is dat het geval, dan is van strijd met het lex certa-beginsel geen sprake. Voldoet die norm echter niet aan die vereisten, dan komt een tweede – de concrete – toets aan de orde: is de strafbepaling in de concrete omstandigheden van het geval wellicht toch duidelijk genoeg geweest? Niet uitgesloten is immers dat een norm weliswaar in de overgrote meerderheid van de gevallen niet de vereiste duidelijkheid verschaft, maar dat het in het onderhavige geval gaat om een gedraging ten aanzien waarvan het voor *deze* verdachte wel duidelijk moet zijn geweest dat die gedraging niet toelaatbaar was. Nan wijst er daarbij op dat ook vage normen veelal een kern van gevallen kennen die duidelijk binnen het bereik van de norm vallen, ook al zijn er daarnaast uiteenlopende gevallen denkbaar ten aanzien waarvan die duidelijkheid ontbreekt.<sup>26</sup> De door Nan voorgestane benadering heeft onmiskenbaar aantrekke-

lijke kanten, die er vooral in zijn gelegen dat de rechter niet wordt gedwongen tot een zwart/wit-benadering waarin hij slechts een norm verbindend dan wel onverbindend verklaart, maar – zoals een rechter betaamt – een genuanceerd oordeel in het concrete geval kan vellen. Enige aarzeling heb ik wel bij de abstracte toets die Nan bepleit. De vraag rijst of de rechter wel goed in staat is om te beoordelen of een norm duidelijk genoeg is in de overgrote meerderheid van de gevallen. De rechter wordt immers met slechts één geval geconfronteerd. Hoe moet de rechter deze abstracte toets dan precies uitvoeren? Nan schept daarover nauwelijks duidelijkheid. Ik neig meer naar een benadering waarin de rechter zich niet zozeer concentreert op de vraag of een norm als zodanig verenigbaar is met het lex certa-beginsel, maar veeleer onderzoekt of er aanknopingspunten voorhanden zijn aan de hand waarvan een norm *in het voorliggende geval* kan worden geoperationaliseerd. Ontbreken die aanknopingspunten in het geheel, dan kan de verdachte niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden.<sup>27</sup> De rechter behoeft zich dan echter niet te bekreunen of dat ook zou gelden in andere, niet voorliggende en daarom ook niet goed kenbare gevallen.

8. De laatste twee hoofdstukken bevatten een afrondende beschouwing over de actuele betekenis van het lex certa-beginsel alsmede een conclusie. Nan stelt vast dat zowel de wetgever als de rechter het lex certa-beginsel op zich erkennen en ook serieus nemen. Het gebruik van vage wettelijke normen maakt wel, zo vervolgt hij, dat het lex certa-beginsel niet of minder wordt gerealiseerd. Het gebruik van dergelijke normen acht Nan niet zonder meer onacceptabel. Maar hij bepleit wel een meer kritische houding ten aanzien van vage normen. Men kan er immers ook voor kiezen om dergelijke normen *niet* te hanteren. Als bepaald gedrag zich niet in een duidelijke norm laat vangen, dient expliciet te worden overwogen of strafbaarstelling wel noodzakelijk is, of dat die strafbaarstelling wellicht kan geschieden aan de hand van een weliswaar minder omvattende, maar wel concretere

norm. Nan toont zich daarbij gecharmeerd van het model van strafbaarstelling zoals die van *Nachstellung*, waarin – naast concreet omschreven gedragingen – met een restcategorie als vangnet wordt gewerkt. Die concreet omschreven gedragingen werpen namelijk enig licht op wat onder de restcategorie zou moeten worden begrepen. Kortom: er dient voor te worden gewaakt dat de onvermijdelijkheid van de vaagheid van een norm niet al te makkelijk wordt aangenomen.

Nan bepleit voorts een invulling van het *lex certa*-beginsel waarin het primaat van de wetgever wordt behouden dan wel wordt hersteld. Daaraan ligt allereerst de overweging ten grondslag dat het de wetgever, ‘als in de samenleving erkende autoriteit’,<sup>28</sup> moet zijn die bepaalt – op grond van een afweging van alle betrokken belangen – welk gedrag wel en niet als toelaatbaar heeft te gelden. Op die afweging mag de rechter niet zijn eigen stempel drukken. Voorts is de voorzienbaarheid erbij gebaat, zo betoogt Nan, wanneer in de wet duidelijk en ondubbelzinnig wordt bepaald welk gedrag strafbaar is.

Tot slot bespreekt Nan op welke wijze compensatie kan worden geboden wanneer een vage of anderszins onduidelijke norm in het geding is. Hij bespreekt hierbij de restrictieve interpretatie van vage normen alsook de wenselijkheid van het verruimen van de mogelijkheid om een beroep op rechtsdwaling te doen. Vervolgens duidt hij mogelijkheden aan van ‘procesrechtelijke compensatie’: een ruimere feitelijke omschrijving van het laakbare gedrag in de tenlastelegging, een terughoudend vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie, een grotere motiverings- en responsieplicht en strafvermindering. Daarbij constateert hij – terecht – dat die mogelijkheden van procesrechtelijke compensatie er niet toe leiden dat het bereik van de norm voorafgaand aan de gedraging duidelijker wordt en dat daarom van reële compensatie geen sprake is. Wel lijkt Nan enige ruimte te zien voor strafvermindering, al erkent hij dat dit eigenlijk halfslachtig is. Enerzijds wordt dan immers erkend dat het toepassingsbereik van de norm niet duidelijk is, maar er wordt ander-

zijds wel een straf, zij het een milde, opgelegd.

9. Nan heeft een veelomvattende dissertatie geschreven, waarin hij het *lex certa*-beginsel vanuit tal van invalshoeken benadert. Die veelomvattendheid is zowel een sterk als een zwak punt van het boek. De lezer krijgt – dat is het sterke punt – een goed en vrij compleet beeld van de huidige stand van zaken ter zake van het *lex certa*-beginsel: de historie, de plaats van het beginsel binnen het huidige recht, de discussie omtrent de waarde van het beginsel, de mogelijkheden om de betekenis van het *lex certa*-beginsel te versterken, *et cetera*. Maar – en dat is het zwakke punt – in die beschouwing wint de breedte het nog wel eens van de diepte. Dat heeft onder andere van doen met de betoogtrant. Nan bouwt zijn uiteenzetting veelal op aan de hand van een overzicht van opvattingen in de literatuur of een weergave van jurisprudentie, maar werkt vervolgens zijn eigen analyse en kritiek vaak betrekkelijk summier uit. Zijn analyses zijn niet altijd op het scherpst van de snede en hij gaat niet telkens over tot een kritische beschouwing van zijn eigen aannames en standpunten. Zo neemt Nan naar mijn mening te makkelijk aan dat de wetgever beter dan de rechter in staat is om, zoals hij dat noemt, het *lex certa*-beginsel te realiseren; een stelling die op meerdere plaatsen in het boek naar voren treedt. Het komt mij voor dat de mogelijkheden van de wetgever niet moeten worden overschat. De wetgever moet algemene normen voor veelal een grote variëteit van gevallen formuleren, terwijl die normen gedetailleerd moeten zijn maar ook weer niet overgedetailleerd mogen zijn, en die normen ook tot op zekere hoogte bestand moeten zijn tegen de tand des tijds. Dat is bepaald geen eenvoudige opgave. Hoe zinvol de aanbevelingen ook zijn die Nan in de richting van de wetgever doet, wettelijke normen zullen immer door een zekere mate van abstractie of vaagheid worden gekenmerkt. Ik zie er dan ook meer heil in om te doordenken hoe bij deze stand van zaken de rechter kan bijdragen aan het realiseren van het *lex certa*-beginsel, dan om te bepleiten – ook al geschiedt

dat met de nodige nuance – dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen.

Matthias Borgers<sup>29</sup>  
Amsterdam, augustus 2013

1. Nan 2011, p. 11.
2. Nan 2011, p. 15-16.
3. Nan 2011, p. 19.
4. Zo kondigt hij reeds op p. 18 aan dat hij aan het slot ‘een aantal criteria [zal] formuleren waaraan de wetgever zich heeft te houden, om het *lex certa*-beginsel een reële inhoud te geven’ (cursive-ringen toegevoegd).
5. Nan 2011, p. 23.
6. Nan 2011, p. 26.
7. Nan 2011, p. 25.
8. Nan 2011, p. 61.
9. Nan 2011, p. 61.
10. HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632, m.nt. PMe en R. de Lange.
11. Ik heb mij er in dit verband over verbaasd dat Nan nauwelijks aandacht besteedt aan het werk van Paul Scholten.
12. Nan 2011, p. 44-49.
13. Ter zijde: in de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie is tot op zekere hoogte uitgewerkt met welke factoren de burger rekening dient te houden bij de uitleg van de wet, waaronder de interpretatie van de strafbaarstelling in het licht van de doelstellingen van de wetgever en wetsgeschiedenis. Zie (kritisch) daarover J. Rozie, ‘Beklaagde Alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het *lex certa*-principe in strafzaken’, *Rechtskundig Weekblad* 2012-13, nr. 21, p. 802-817.
14. Nan 2011, p. 79.
15. Nan 2011, p. 97 en 99.
16. Nan 2011, p. 102.
17. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.
18. Nan 2011, p. 146.
19. Nan 2011, p. 147 (cursivering in origineel).
20. EHRM 6 maart 2012, appl.nr. 54468/09, overweging 51 (*Huhtamäki/Finland*), met verdere verwijzingen naar rechtspraak.
21. Nan 2011, p. 200.
22. Zie nader M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter’, in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1, Deventer: Kluwer 2011, p. 122-124.
23. Nan 2011, p. 207-208.
24. Nan stipt (op p. 254) *prospective overruling* wel aan, maar wijdt daaraan niet meer dan één zin.
25. Zie nader Borgers 2011.
26. Nan 2011, p. 225-226.
27. Zijn die aanknopingspunten er wel, dan kan de norm gewoon worden toegepast. Daarmee is echter niet uitgesloten dat de verdachte nog met succes een beroep

op rechtsdwaling kan doen, omdat er zich zodanige omstandigheden hebben voorgedaan dat voor deze verdachte

niet voorzienbaar was dat hij strafbaar zou handelen.  
28. Nan 2011, p. 243.

29. Prof. mr. M.J. Borgers is hoogleraar Straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

# M.M.L. Harreman, Conservatoire beslagen tot afgifte en levering. Een studie naar de werking en problematiek van het 730-Rv beslag, mede in rechtshistorisch perspectief

*Diss. Rotterdam, promotor  
prof. mr. A.I.M. van Mierlo,  
Den Haag: Boom Juridische  
uitgevers 2007, ISBN  
978-90-5454-913-0.*

## 1. Inleiding en verontschuldiging

1) Evenals het eerder door mij in *RMThemis* (2011-6, p. 304-318) besproken proefschrift van G.C. van Daal, dat – kort gezegd – gaat over het executoriaal en conservatoir beslag op aandelen,<sup>1</sup> is ook deze dissertatie aan de EUR tot stand gekomen onder leiding van prof. mr. A.I.M. van Mierlo. Het is stellig de verdienste van deze promotor dat er toen, in een paar jaar, vier proefschriften op het (aanverwante) terrein van het beslag- en executierecht zijn verschenen.<sup>2</sup> De bespreking van dit al in 2007 verschenen boek van Harreman, heeft – en daarvoor mijn verontschuldigen – veel te lang op zich laten wachten, maar misschien is dat – achteraf bezien – nog niet eens zo erg; als naslagwerk heeft dit boek zijn weg naar het bureau van de praktijkjurist intussen vast en zeker gevonden, terwijl op het betrekkelijk kleine gebied dat het onderwerp van dit boek uitmaakt eigenlijk niet zo heel veel is gebeurd. Of anders gezegd: deze bespreking komt dus niet als de spreekwoordelijke ‘mosterd na de maaltijd’. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is deze dissertatie alleen (in 2010) door *De Knijff* besproken, en dat vrij gunstig.<sup>3</sup> Een ‘oordeel’ van een enigszins verlate bespreking is – of kan zijn – dat de trein van het recht verder is doorgereden en tot nieuwe inzichten en verduidelijkingen heeft geleid, waarbij ik dan vooral denk aan (nader) richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad, zoals ook het geval was bij bespreking van Van Daals-

proefschrift.<sup>4</sup> Het onderwerp van diezelfde rechtspraak – kort gezegd: rechtshandelingen verricht in weerwil van een gelegd beslag (hier: een 730-beslag) en de gevolgen daarvan – speelt ook in het boek van Harreman een niet onbelangrijke rol. Op dat punt zal blijken dat de door Harreman verdedigde rechtsopvatting onjuist is – en dat mijns inziens ook al was vóórdat de Hoge Raad die vraag in 2008 nog eens definitief beantwoordde –, een opvatting die als een ‘rode draad’ door zijn boek heen loopt. Hierna onder 8), ad a) en onder 9), ad b), zal daarop nog uitvoerig nader worden ingegaan. Maar nu loop ik al vooruit op aanpak en verdere opzet van deze bespreking, zoals die onder 7) nader zal worden uiteengezet.

## 2. Korte schets reële executie en art. 730 Rv

2) Het boek is volledig gewijd aan beschouwingen over en (met name ook) rond één wetsartikel, te weten art. 730 Rv, zoals dat op 1 januari 1992 (samen met art. 731-737 Rv) in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (‘Rv’) is opgenomen.<sup>5</sup> Daarbij gaat het om een beslagmaterie – kort gezegd: conservatoir beslag tot afgifte of levering van een zaak of goed –, die vóór 1992 niet in de wet was geregeld. De wetgever heeft daarmee de daadwerkelijke verwezenlijking van reële executie<sup>6</sup> van een ‘goed’ als bedoeld in de ruime zin van art. 3:1 BW – dus van in beginsel: ‘alle zaken en vermogensrechten’ – in algemene zin vorm willen geven en met name afdwing-

baar maken. In de *MvT Inv.*, onder *Algemeen*, bij art. 730 Rv heeft de wetgever dit in de zevende afdeling van titel 4 van Boek 3 Rv als volgt onder woorden gebracht:<sup>7</sup>

‘Deze afdeling, (...) regelt het conservatoire beslag ter inleiding van een reële executie tot afgifte van roerende zaken of tot levering van goederen. Voor zover het betreft de afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn, mondt dit conservatoire beslag uit in een executie tot afgifte overeenkomstig de artikelen 490-500. In de andere gevallen zal de executie in de regel kunnen worden geëffectueerd door toepassing van art. 3:11.4 Nieuw B.W.’ (= art. 3:300 BW; LPB).

Het behoeft geen betoog dat deze in alle opzichten nieuwe *beslagvorm* een wezenlijk andere materie tot onderwerp heeft dan de *verhaalsbeslagen*, die veruit het leeuwendeel uitmaken van het in Rv (en in andere wetten)<sup>8</sup> geregelde beslag- en executierecht. Maar in beide gevallen gaat het, zoals de wetgever het heeft uitgedrukt, om<sup>9</sup>

‘maatregelen waarmee de gerechtigde zich rechtstreeks het hem toekomende kan verschaffen.’

Daarbij kan het gaan om het afdwingen van betaling van een *geldsom*, waarvoor de vele soorten verhaalsbeslagen (al een paar eeuwenlang) bestaan, maar het kan ook gaan om – kort en iets te grofmazig gezegd – het alsnog verkrijgen of terugkrijgen